

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER

A R R E S T

**nr. 222.893 van 18 maart 2013
in de zaak A. 207.929/XII-7239**

In zake: de NV DE CLERCQ AANNEMINGEN BOUW EN
WEGENBOUW
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Christophe Lenders en Joris Wouters
kantoor houdend te 2018 Antwerpen
Mechelsesteenweg 27
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

de GEMEENTE BONHEIDEN
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Gitte Laenen
kantoor houdend te 2800 Mechelen
Antwerpsesteenweg 16-18
bij wie woonplaats wordt gekozen

Tussenkommende partij:

de NV VAN ROEY
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Dirk De Keuster
kantoor houdend te 2970 Schilde
Eekhoornlaan 19
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van de vordering

1. De vordering, ingesteld op 11 februari 2013, strekt tot de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van “[d]e beslissing van het college van burgemeester en schepenen van de gemeente Bonheiden dd. 14 november 2012, zoals gevoegd bij het schrijven van de

gemeente Bonheiden dd. 28 januari 2013, waarbij wordt beslist de opdracht, voorwerp van het bestek 2011-068, ‘Bouwen van een gemeentelijke kleuterschool ’t Kranske’ te gunnen aan de nv Van Roey, [...] voor een globale prijs van 2.995.530,57 EUR (excl. BTW), met inbegrip van varianten op artikels 2D.41.2 en 2D.21.21a, en niet aan de nv DCA”.

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een nota ingediend.

Met een verzoekschrift van 22 februari 2013 heeft de nv Van Roey gevraagd om in het administratief kort geding te mogen tussenkomen.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 12 maart 2013, om 10.30 uur.

Staatsraad Pierre Barra heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Christophe Lenders, die verschijnt voor de verzoekende partij, advocaat Stéphanie Taelemans, die loco advocaat Gitte Laenen verschijnt voor de verwerende partij, en advocaat Charlotte Colpaert, die loco advocaat Dirk De Keuster verschijnt voor de tussenkomende partij, zijn gehoord.

Eerste auditeur Luc Vermeire heeft een met dit arrest eensluidend advies gegeven.

Er is toepassing gemaakt van de bepalingen op het gebruik der talen, vervat in titel VI, hoofdstuk II, van de wetten op de Raad van State, gecoördineerd op 12 januari 1973.

III. Feiten

3.1. Op 28 september 2011 stelt de gemeenteraad van Bonheiden de “lastvoorwaarden” vast voor de realisatie van de nieuwe gemeentelijke kleuterschool ‘t Kranske en de wijze van gunning, een algemene offerteaanvraag. Dit is het bestek nr. 2011-068.

De waarde van de opdracht wordt geraamd op 2.887.539 euro, btw niet inbegrepen.

3.2. Uit een brief van 15 juni 2007 van het Agentschap voor Infrastructuur in het Onderwijs (hierna: Agion) blijkt dat de aanvraag tot tussenkomst voor dit dossier op de wachtlijst was geplaatst met 1 september 2007 als inschrijvingsdatum. Volgens de nota werd het dossier aldus voor subsidies op de wachtlijst van het dienstjaar 2011 geplaatst; op 30 september 2011 worden, aldus de nota, alle daartoe nodige stukken bij Agion ingediend; met een brief van 9 november 2011 verleent Agion een “principeakkoord” voor een subsidie van 2.437.103,88 euro. Daarnaast worden volgens de nota door Agion een aantal beperkte opmerkingen geformuleerd met betrekking tot het ontwerp dossier en wordt het dossier hieraan aangepast.

3.3. De aankondiging van de opdracht wordt op 1 februari 2012 bekendgemaakt in het Bulletin der Aanbestedingen.

3.4. De offertes zouden worden geopend op 12 maart 2012 om 11 u. In het proces-verbaal van de opening van de offertes wordt vastgesteld dat geen offertes werden ingediend.

Uit de hierna vermelde gemeenteraadsbeslissing van 16 mei 2012 blijkt dat 14 aannemers het dossier hadden opgevraagd en dat uit contacten met de aannemers de volgende hoofdredenen bleken om geen offerte in te dienen:

- “- Momenteel een groot aanbod van dossiers;
- Tijdsgebrek en / of onderbemanning op de calculatiedienst in combinatie met een niet-klassiek dossier hetgeen meer tijd vraagt om een offerte op te maken;
- Te korte periode voor de effectieve startdatum;
- De meetstaat architectuur werd niet op een klassieke manier aangeleverd wat resulteert in meer werk voor de aannemer om zijn offerte op te maken. Bijkomend werd er inzage gevraagd in de algemene kostenstructuur en winst-risico wat de aannemers niet fijn vinden.”

3.5. Met een brief van 2 april 2012 deelt Agion vervolgens mee dat verwerende partij op grond van artikel 17, § 2, 1°, e), van de wet van 24 december 1993 ‘betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanne-ning van werken, leveringen en diensten’ de opdracht opnieuw kan gunnen na een onderhandelingsprocedure zonder voorafgaandelijke bekendmaking voor zover de oorspronkelijke voorwaarden van de opdracht niet wezenlijk gewijzigd worden, en dat zij “drie geldige en vergelijkbare offertes [dient] voor te leggen aan AGION”.

3.6. Op 16 mei 2012 stelt de gemeenteraad de aangepaste “lastvoorwaarden” vast en de wijze van gunnen, namelijk de onderhandelings-procedure zonder bekendmaking.

Uit deze beslissing blijkt dat de aanpassingen zoals gevraagd in de brief van Agion van 9 november 2011 werden aangebracht, dat de meetstaat architectuur volgens de klassieke methode werd opgesteld en dat de wijze van gunning, nu de onderhandelingsprocedure zonder bekendmaking, werd aangepast.

De raming blijft ongewijzigd.

3.7. Ook op 16 mei 2012 beslist het college van burgemeester en schepenen om de volgende acht aannemers uit te nodigen om deel te nemen aan de onderhandelingsprocedure zonder bekendmaking: de nv Bouwbedrijf Wienen, de nv DCA (dit is verzoekende partij), “Group Maes (Van Roey)”, Execon Algemene Bouwondernemingen, de bvba Gebroeders Vochten, Willemen, de nv Heylen en de nv De Nul. Tegelijk wordt beslist:

“De offertes dienen het bestuur te bereiken ten laatste op 02/07/12 om 14.00 uur”.

3.8. Deze datum wordt ook opgenomen in het bijzonder bestek “Administratieve bepalingen voor aanneming van werken. Gemeentelijke kleuterschool ‘t Kranske te Bonheiden. Onderhandelingsprocedure zonder bekendmaking” eveneens met besteknummer 2011-068.

Aldus bepaalt het bestek in het deel 1.2 ‘Vermeldingen ter uitvoering van het K.B. van 8 januari 1996 en latere wijzigingen’, in punt 1.2.6. ‘Indiening van de offertes’, onder ‘artikel 104’:

“Iedere offerte moet bij de voorzitter van de zitting voor de opening van de offertes toekomen alvorens hij de zitting opent.

De offertes worden ingediend:

- of met de post, als gewoon of aangetekend stuk aan de gemeente Bonheiden (een aangetekend schrijven wordt aanbevolen)
- of afgegeven tegen ontvangstbewijs aan de gemeente Bonheiden.

[...]

De offertes moeten ten laatste op 02/07/2012 om 14:00 uur in het bezit zijn van de aanbestedende overheid. De opening van de offertes zal gebeuren achter gesloten deuren.”

Het bijzonder bestek stelt twee gunningscriteria vast (art. 115): ‘prijs’ (60 punten) en ‘plan van aanpak’ (40 punten), dit laatste onder meer onderverdeeld in ‘bouwmaterialen en bouwelementen’ (8 punten).

3.9. In de uitnodiging tot het indienen van een offerte wordt herhaald dat de offerte het bestuur “uiterlijk op maandag 2 juli 2012 om 14.00 uur [moet] bereiken”.

3.10. Het proces-verbaal der opening van de offertes van 2 juli 2012 vermeldt dat “2 offert(es) werd(en) ingediend”, namelijk door de nv DCA en de thv Vanderstraeten-Execon en dat “[v]an deze offertes [...] in gesloten zitting lezing [werd] gegeven”.

3.11. Volgens de nota bevestigde Agion in een telefonisch contact dat voor het verkrijgen van de (principeel reeds goedgekeurde) subsidie wel degelijk drie offertes moeten worden voorgelegd en dat er desnoods “nog maar een bijkomende offerte moet worden gevraagd”, niettegenstaande het feit dat de termijn voor de indiening van de offertes reeds verstreken was. De voorgestelde werkwijze zou door verwerende partij ook telefonisch zijn besproken met de Administratie Binnenlandse Aangelegenheden van de toezichthoudende overheid.

3.12. Verwerende partij neemt daarop naar eigen zeggen opnieuw contact met de overige aannemers die zij reeds had geraadpleegd in het kader van de onderhandelingsprocedure zonder bekendmaking. Volgens de nota is de eerste aannemer die wordt gecontacteerd, de nv Willemen, niet geïnteresseerd om om een offerte in te dienen en wordt vervolgens de nv Van Roey gecontacteerd. Er worden geen stukken voorgelegd over de wijze van deze contacten. De nv Van Roey dient alsnog, volgens het verslag van nazicht op 11 september 2012, een offerte in.

3.13. De ontwerper ABT stelt een verslag van nazicht op. Daaruit blijkt dat de drie uiteindelijk ingediende offertes werden getoetst aan de gunningscriteria. De volgende rangschikking wordt opgesteld:

- de nv Van Roey: 94 punten (60 op ‘prijs’ en 34 op ‘plan van aanpak’).
- de thv Vanderstraeten/Execon: 78,8 punten (49,5 op ‘prijs’ en 29,3 op ‘plan van aanpak’);
- de nv DCA: 72,9 punten (54 op ‘prijs’ en 18,9 op ‘plan van aanpak’).

3.14. Met brieven gedateerd op 11 oktober 2012 wordt aan de nv DCA en de thv Vanderstraeten/Execon vervolgens een “laatste kans geboden om alsnog een aangepaste offerte” in te dienen en dit vóór 27 oktober 2012. Beiden dienen op

26 oktober 2012 hun finale offerte in, waarbij volgens de nota enkel de prijzen worden aangepast.

3.15. Dit leidt in het verslag van nazicht tot de volgende eindrangschikking:

- de nv Van Roey: 91,9 punten (57,9 op 'prijs' en 34 op 'plan van aanpak').
- de nv DCA: 78,9 punten (60 op 'prijs' en 18,9 op 'plan van aanpak').
- de thv Vanderstraeten/Execon: 77,6 punten (48,3 op 'prijs' en 29,3 op 'plan van aanpak').

Volgens het verslag van nazicht werd het zinloos geacht om de “onderhandelingen” nog voort te zetten en de nv Van Roey eveneens de kans te bieden een aangepaste offerte in te dienen en verzoekende partij om de ontbrekende documenten met betrekking tot het subgunningscriterium ‘bouwmaterialen en bouwelementen’ (waar zij 0 op 8 scoorde) alsnog aan te brengen, aangezien zelfs wanneer de nv Van Roey geen extra punten behaalt en de nv DCA na indiening van de ontbrekende documenten ‘bouwmaterialen en bouwmaterialen’ hierop maximaal scoort, de nv Van Roey de meest voordelige bidder blijft en het puntenverschil enkel herleid wordt tot 5. Een voortzetting van de onderhandelingen, heeft volgens de ontwerper dus geen invloed op de eindscore. “Gezien het traject dat de aanbesteding heeft afgelegd, het feit dat het dossier dringend bij de subsidiërende overheid ingediend dient te worden en de wens om in het nieuwe jaar de bouw te starten”, adviseert de ontwerper in het verslag om de onderhandeling niet voort te zetten.

Er wordt dan ook voorgesteld om de opdracht te gunnen aan de nv Van Roey als de meest voordelige regelmatige inschrijver en dit tegen het nagerekende inschrijvingsbedrag van 2.995.530,57 euro btw niet inbegrepen.

3.16. Verwijzend naar dit verslag van nazicht, beslist het college van burgemeester en schepenen op 14 november 2012 om de opdracht te gunnen aan de nv Van Roey voor een globale prijs van 2.995.530,57 euro btw niet inbegrepen.

Dit is de bestreden beslissing waaruit ook de bestreden impliciete beslissing om de opdracht niet te gunnen aan verzoekende partij wordt afgeleid.

3.17. Op 16 november 2012 zendt verwerende partij het gunningsdossier door naar Agion. In deze brief wordt onder meer verwezen naar het principeakkoord aangaande subsidiëring en vermeld dat het ingevolge het niet optimaal verlopen van de gunningsprocedure niet mogelijk was om het gunningsdossier voor de in het principeakkoord opgenomen datum van 1 november 2012 in te dienen. Blijkbaar had de technische dienst reeds eerder bij e-mail van 31 oktober 2012 uitstel gevraagd.

3.18. In een brief van 17 december 2012 gaat Agion akkoord met de voorgestelde gunning “aangezien de opdracht gegund wordt aan de laagste regelmatige inschrijver”. Het totale bedrag van de subsidie wordt berekend op 2.466.973,25 euro.

3.19. Met aangetekend verzonden brieven van 20 december 2012 deelt verwerende partij aan verzoekende partij en aan de thv Vanderstraeten-Execon mee dat de opdracht werd gegund aan de nv Van Roey, en dat een wachttermijn van 15 dagen zal worden nageleefd. De bestreden beslissing wordt bijgevoegd.

3.20 Verzoekende partij deelt met een aangetekend verzonden brief van 9 januari 2013 mee dat de vermelde gemotiveerde beslissing niet was bijgevoegd en vraagt de gemotiveerde beslissing of het aanbestedingsverslag te bezorgen.

3.21. Met een aangetekend verzonden brief van 28 januari 2013 deelt verwerende partij aan verzoekende partij afschrift van de gemotiveerde gunningsbeslissing mee met het verslag van nazicht alsook dat de wachttermijn thans wel degelijk een aanvang kan nemen. Wat betreft de offerte van de nv Van Roey wordt het volgende opgemerkt:

“Uit dit laatste stuk zal u kunnen opmaken dat na 2 juli 2012, uiterste datum voor het indienen van de offertes, nog een bijkomende offerte werd ingediend. Deze offerte werd echter enkel en alleen opgevraagd omdat door de subsidiërende instantie (Agion) de dwingende voorwaarde werd opgelegd dat minstens drie (3) geldige en vergelijkbare offertes moesten worden voorgelegd.

Wij merken wel op dat, nadat uiteindelijk een derde offerte (nv Van Roey) werd ontvangen, uzelf de mogelijkheid werd geboden om, in het kader van de onderhandelingsprocedure, een best and final offer in te dienen. Wij menen derhalve te mogen stellen dat u op generlei wijze werd benadeeld door voornoemde werkwijze, waartoe bovendien op goede gronden werd besloten”.

3.21. Op 11 februari 2013 wordt voorliggende vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid ingediend.

IV. Tussenkost

4. De verzoekende partij in tussenkost blijkt voordeel te halen uit de bestreden beslissing en heeft er belang bij dat de vordering wordt afgewezen. Dienvolgens wordt haar verzoek ingewilligd.

V. Ontvankelijkheid van de vordering

Exceptie

5. Verwerende partij betoogt dat verzoekende partij niet doet blijken van het vereiste belang bij de vordering tot schorsing aangezien zij niet aantoont dat bij een eventuele schorsing de opdracht aan haar zal moeten worden gegund.

Zij merkt op dat verzoekende partij na indiening van haar eerste offerte pas als derde werd gerangschikt, na de thv Vanderstraeten-Execon, en pas als tweede werd gerangschikt na indiening van haar ‘tweede’ offerte toen zij haar totaalprijs met bijna 500.000 euro had verlaagd. Het indienen van een finale offerte of een zgn. “best and final offer” (hierna: BAFO) was aanvankelijk niet voorzien in

het bestek nr. 2011/068 en zij en de thv werden enkel gevraagd een BAFO in te dienen omdat de nv Van Roey later een offerte had ingediend. “Indien Agion niet had aangedrongen op haar eis dat er drie geldige en vergelijkbare offertes moesten worden voorgelegd, had verwerende partij de offerte van Van Roey evenmin als de BAFO van de andere inschrijvers nooit opgevraagd en had zij de opdracht gegund aan de initieel meest voordelige regelmatige inschrijver, met name de thv Vanderstraeten – Execon. Bijgevolg, indien Uw Raad per impossibile zou oordelen dat de offerte van de nv Van Roey niet meer kon worden aanvaard, nu deze offerte na 02.07.2012 was ingediend, quod sine certe non, dan geldt dit eveneens voor de offerte die verzoekende partij eveneens na deze datum heeft ingediend.” Verzoekende partij maakte op basis van haar eerste offerte geen enkele kans om de opdracht zelf toegewezen te krijgen en beschikt dus ook niet over het vereiste belang om de schorsing van de bestreden beslissing te vorderen.

Zelfs indien de Raad van State zou oordelen dat verzoekende partij nog een aangepaste offerte mocht indienen zelfs al zou de offerte van de nv Van Roey niet zijn opgevraagd, dan zou verzoekende partij nog niet beschikken over het vereiste belang omdat ook bij eventuele schorsing de eis van Agion om minstens drie geldige en vergelijkbare offertes voor te leggen om subsidies te verlenen zal blijven bestaan; verwerende partij zal bijgevolg genoodzaakt zijn om de huidige onderhandelingsprocedure stop te zetten. Bij stopzetting van de onderhandelingsprocedure is het bovendien niet zeker dat verwerende partij nog een tweede heraanbesteding zal kunnen organiseren. In het principeakkoord van Agion wordt immers vermeld dat het gunningsdossier vóór 1 november 2012 moet worden ingediend. Op 31 oktober 2012 heeft verwerende partij hiervoor reeds een eerste uitstel gevraagd en het is geenszins zeker dat Agion nogmaals een uitstel zal verlenen indien er een nieuwe (onderhandelings)procedure moet worden georganiseerd. De bouw van een nieuwe kleuterschool zal echter zonder de subsidies van Agion onmogelijk kunnen worden gerealiseerd en verzoekende partij zal in die omstandigheden dan ook de opdracht niet kunnen uitvoeren. Indien Agion daarentegen wel akkoord gaat met een tweede heraanbesteding en dus ook een nieuw uitstel wilt verlenen, dan zal verwerende partij nogmaals de markt

moeten raadplegen en zal verzoekende partij geconfronteerd worden met nog meer concurrenten. Uit het verslag van nazicht blijkt ook dat verzoekende partij de beste score behaalt op het eerste gunningscriterium 'prijs', maar voor het tweede gunningscriterium 'plan van aanpak' de laagste punten krijgt. Verzoekende partij betwist in haar verzoekschrift noch de beoordeling van haar offerte, noch de puntenverdeling.

Beoordeling

6.1. Om belang te hebben bij de vordering tegen de gunningsbeslissing dient verzoekende partij niet noodzakelijk aan te tonen dat na schorsing de opdracht aan haar moet worden gegund. Het kan ook volstaan dat verzoekende partij opnieuw een kans maakt de opdracht te krijgen.

Verwerende partij toont niet aan dat deze kans niet bestaat. Indien het enige middel ernstig wordt bevonden, houdt dit, zo lijkt, in dat geen rekening mag worden gehouden met de offerte van de nv Van Roey, maar staat niet vast dat verzoekende partij dan geen kans maakt op de opdracht. In de mate dat verwerende partij daartoe wijst op de initiële rangschikking, gaat zij eraan voorbij dat het te dezen gaat om een onderhandelingsprocedure en het dus niet vaststaat dat deze rangschikking behouden blijft mocht verwerende partij alsnog rechtsgeldig overgaan tot onderhandelingen, nog daargelaten het antwoord op de vraag of bij heroverweging na schorsing misschien geen rekening moet worden gehouden met de gevraagde BAFO's.

In de mate dat zij ervan uitgaat dat de opdracht zal moeten worden stopgezet omdat geen subsidies zullen worden verleend indien geen drie geldige offertes werden ingediend, toont zij niet aan dat deze vereiste steunt op een wettelijke of reglementaire verplichting; het staat dan ook niet vast dat Agion, gelet op de omstandigheden, desgevallend niet zou kunnen beslissen toch subsidie te verlenen. Minstens wordt niet aangetoond dat vervolgens geen nieuwe opdracht zou kunnen worden uitgeschreven en gesubsidieerd. Agion verleende trouwens

blijkbaar eerder reeds uitstel. In dat geval verkrijgt verzoekende partij een nieuwe kans op de opdracht. De verwijzing naar de door haar thans behaalde scores is dan niet relevant aangezien een nieuwe offerte kan worden ingediend.

6.2. In de mate dat ook de schorsing van de tenuitvoerlegging wordt gevorderd van de impliciete beslissing om de opdracht niet te gunnen aan verzoekende partij wordt ambtshalve opgemerkt dat het beoordelen van die vordering afhankelijk is van het onderzoek van de middelen die tegen de impliciete weigeringsbeslissing zijn aangevoerd.

VI. De schorsingsvoorwaarden

7.1. Overeenkomstig artikel 17, §§ 1 en 2, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State kan slechts tot schorsing van de tenuitvoerlegging bij uiterst dringende noodzakelijkheid worden besloten onder de drievoudige voorwaarde dat uiterst dringende noodzakelijkheid voorhanden is, dat ernstige middelen worden aangevoerd die de nietigverklaring van de aangevochten beslissing kunnen verantwoorden en dat de onmiddellijke tenuitvoerlegging van de bestreden beslissing een moeilijk te herstellen ernstig nadeel kan berokkenen.

7.2. Te dezen is evenwel de wet van 23 december 2009 ‘tot invoeging van een nieuw boek betreffende de motivering, de informatie en de rechtsmiddelen in de wet van 24 december 1993 betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten’ van toepassing.

Luidens het door voornoemde wet van 23 december 2009 in de wet van 24 december 1993, nieuw ingevoegde artikel 65/15, eerste lid, is voor de schorsing van de thans bestreden beslissingen het bewijs van een moeilijk te herstellen ernstig nadeel niet vereist.

Anderzijds verplicht artikel 65/15, tweede lid, verzoekende partij tot het instellen van de vordering tot schorsing volgens een procedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid.

Overeenkomstig artikel 65/31 van de wet van 24 december 1993 gelden voormelde bepalingen eveneens voor opdrachten die de Europese drempelwaarden niet bereiken.

Er dient te dezen dan ook enkel nog te worden onderzocht of ernstige middelen worden aangevoerd die de nietigverklaring van de bestreden beslissingen kunnen verantwoorden.

VII. Onderzoek van het enige middel

Standpunt van de partijen

8. Verzoekende partij voert de schending aan van artikel 17, § 2, 1^o, e), van de wet van 24 december 1993 ‘betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aannemingen van werken, leveringen en diensten’, van de artikelen 104 en 122 van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 ‘betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten en de concessies voor openbare werken’, van het beginsel *patere legem quam ipse fecisti*, van “de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, meer bepaald het gelijkheidsbeginsel, het transparantiebeginsel, het rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel” en van de materiële- en formele-motiveringsverplichting:

“Doordat de verwerende partij de offerte van de nv VAN ROEY als meest voordelige regelmatige offerte heeft weerhouden hoewel deze offerte niet op 2 juli 2012 om 14.00 uur -datum zoals in het bestek onder artikel 104 opgenomen- bij de aanbestedende overheid is toegekomen, al dan niet ingevolge een verzoek daartoe van de verwerende partij na 2 juli 2012; Terwijl, de offerte van de nv VAN ROEY ingevolge de bepalingen opgenomen in het bestek onder artikel 104 niet in aanmerking kon worden genomen nu zij niet uiterlijk op 2 juli 2012 om 14u in het bezit werd gesteld van de aanbestedende overheid, daartoe geen enkele rechtsgeldige

motivering in de bestreden beslissing is opgenomen en deze opgenomen in de brief van 28 januari 2013 ongegrond is;
Zodat de bestreden beslissing door de offerte van de nv VAN ROEY als meest voordeligste regelmatige offerte te weerhouden de in het middel aangehaalde bepalingen schendt”.

In de toelichting benadrukt zij -in wat verwerende partij als een eerste onderdeel beschouwt- dat artikel 104 van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 door het bestek zelf van toepassing is verklaard en dat het indienen van de offertes uiterlijk op 2 juli 2012 te 14 u verplicht was. De offertes moesten aldus op dat tijdstip ten laatste in het bezit zijn van de aanbestedende overheid en bij de voorzitter van de zitting voor de opening van de offertes toekomen alvorens hij de zitting opent. Ook in uitnodiging om een offerte in te dienen werd uitdrukkelijk herhaald dat de offertes dienden te worden ingediend uiterlijk per 2 juli 2012 om 14 u .

Vervolgens werpt zij op -verwerende partij beschouwt dit als een tweede onderdeel- dat het na opening aanvaarden van de offerte van de nv Van Roey artikel 104 van het koninklijk besluit van 8 januari 1996, de bepalingen van het bestek, de gelijkheid der inschrijvers, de eerlijke mededinging, het transparantiebeginsel en het rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel schendt.

Ten slotte stelt verzoekende partij -in wat verwerende partij als een derde onderdeel beschouwt- dat de motivering in de brief van 28 januari 2013 niet gegrond is. De argumentatie dat Agion de dwingende voorwaarde had opgelegd dat minstens drie geldige en vergelijkbare offertes moesten worden voorgelegd, doet geen afbreuk aan de besteksvereiste. Bij de onderhandelingsprocedure zonder bekendmaking moeten volgens artikel 17, § 2, 1°, e), van de wet van 24 december 1993 indien mogelijk diverse aannemers worden geraadpleegd, maar aan deze verplichting is voldaan wanneer de aanbestedende overheid verschillende aannemers heeft uitgenodigd, ook al deden er slechts enkelen een bieding. Alleszins is er geen wettelijke verplichting om minimaal drie inschrijvers uit te nodigen tot het indienen van een offerte bij de onderhandelingsprocedure

zonder bekendmaking. Te dezen werden 8 aannemers geraadpleegd zodat de mededinging heeft kunnen spelen. “De aanbestedende overheid diende de keuze over het aantal inschrijvers dat zou worden gecontacteerd, te maken vooraleer de uiterlijke datum van indiening van offertes overeenkomstig het bestek verstreek, en het gaat niet op om achteraf nog bijkomende offertes te gaan opvragen en in strijd met het bestek en de gelijkheid der inschrijvers alsnog bijkomende offertes toe te laten.”

Verzoekende partij werd wel degelijk benadeeld door deze werkwijze ook al kreeg zij nog de mogelijkheid om, na indiening van de offerte door de nv Van Roey, een BAFO in te dienen. Doordat een bijkomende nieuwe offerte werd toegelaten, wordt zij immers plots geconfronteerd met een bijkomende concurrent daar waar deze oorspronkelijk niet eens mocht worden toegelaten overeenkomstig artikel 104 van het bestek. Het feit dat verzoekende partij een BAFO mocht indienen, doet geen afbreuk aan het voorgaande feit en verhelpt geenszins dat er thans een offerte ten onrechte werd aanvaard.

9.1. Verwerende partij gaat op de eerste plaats in op de vermeende verplichting tot het indienen van offertes uiterlijk op 2 juli 2012 te 14.00 uur. Zij benadrukt dat de onderhandelingsprocedure zonder bekendmaking een flexibele, vormvrije procedure is, die de aanbestedende overheid toelaat om vrij te kiezen welke ondernemingen zij zal raadplegen; zij merkt op dat zij bij een dergelijke raadpleging zonder formaliteiten beschikt over eenzelfde vrijheid als particulieren en meer bepaald mag onderhandelen met iedereen, met enkele of met één. Deze afwezigheid van enig formalisme manifesteert zich onder meer “door het feit dat er geen gedetailleerde regeling is voorzien inzake het opmaken van de offerte, inclusief alle formaliteiten van dien wat de vorm en de inhoud van de offerte betreft, en wat de sancties bij de niet-naleving van deze regels betreft. Evenmin wat betreft de wijze waarop de offertes worden ingediend, geopend en gecontroleerd op hun regelmatigheid”.

Artikel 104 is weliswaar door het bestek van toepassing verklaard doch bij een eventuele schending van dit artikel is in geen nietigheidssanctie voorzien. Bij gebreke aan vermelding van enige sanctie bij een overtreding van bovenstaande besteksbepaling diende verwerende partij de offerte van de nv Van Roey dan ook niet als onregelmatig te beschouwen. Ook behoort het tot het wezenskenmerk van de onderhandelingsprocedure dat de aanbestedende overheid en de inschrijvers respectievelijk aan het bestek en aan de offertes wijzigingen kunnen aanbrengen. Gelet op de vrijheid waarover de aanbestedende overheid én de inschrijvers beschikken en bij gebreke aan een nietigheidssanctie, kon verwerende partij – mits inachtneming van de gelijke behandeling van de inschrijvers en de vrije mededinging – dan ook afwijken van de datum voor indiening van de offertes.

Vervolgens gaat zij in dit kader in op artikel 104 van het koninklijk besluit van 8 januari 1996. Zij merkt op dat dit artikel niet bepaalt wat er moet gebeuren als een offerte na opening van de zitting wordt ingediend, dat de gevolgen van het te laat indienen van een offerte pas worden voorgeschreven in artikel 106, tweede lid, van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 dat echter niet van toepassing werd verklaard in het bestek en dat er aldus geen enkele wettelijke, reglementaire of besteksbepaling van toepassing is waardoor verwerende partij de offerte van de nv Van Roey niet meer mocht aanvaarden. Dergelijk absoluut verbod kan ook niet worden afgeleid uit de rechtspraak, waaruit blijkt dat de Raad van State eerder een pragmatische aanpak hanteert in de gevallen waarbij een offerte te laat wordt ingediend. Te dezen blijkt volgens haar niet dat door de “laattijdige” indiening van de offerte door de nv Van Roey de plicht tot een gelijke behandeling van de inschrijvers werd geschonden, dan wel dat er sprake is van een mogelijkheid tot manipulatie/vervalsing van de mededinging. De nv Van Roey heeft inderdaad de mogelijkheid gekregen om na het verstrijken van de bepaalde termijn een offerte in te dienen, doch daartegenover staat dat ook de beide andere inschrijvers na deze termijn nog een aangepaste offerte hebben mogen indienen, mogelijkheid die de nv Van Roey niet kreeg. De enige reden waarom de nv Van Roey -overigens na de nv Willemen- werd geraadpleegd om een offerte in te

dienen, is de eis van Agion om minstens drie geldige offertes voor te leggen. Zij benadrukt ook dat de nv Van Roey geen kennis had van de twee andere offertes.

9.2. Bij het tweede middelonderdeel geeft verwerende partij aan dat zij juiste, aanvaardbare en relevante motieven had om de offerte van de nv Van Roey te aanvaarden; deze zijn trouwens vermeld in haar brief van 28 januari 2013 zodat verzoekende partij er, vóór zij haar vordering instelde, kennis van had. Zij benadrukt dat op geen enkel ogenblik de vergelijkbaarheid van de offertes en de gelijke behandeling van de inschrijvers in het gedrang is gekomen.

9.3. Ten slotte, bij het derde middelonderdeel, voert verwerende partij aan dat de motivering in de brief van 28 januari 2013 gegrond is. Zij benadrukt dat de offerte van de nv Van Roey niet bijkomend werd opgevraagd op grond van een wettelijke verplichting, maar wel op grond van een subsidievoorwaarde, namelijk de eis van Agion om drie geldige en vergelijkbare offertes voor te leggen. Zij wijst op het belang van die subsidie voor de realisatie van het project en merkt op dat, indien verwerende partij geen derde offerte zou hebben opgevraagd, dit niet zou hebben geleid tot de onwettigheid van de gunningsprocedure, maar wel tot een weigering van subsidies.

In geval van stopzetting van de procedure was het niet zeker dat verwerende partij nog een tweede heraanbesteding zou mogen organiseren nu in het principeakkoord van Agion de uiterlijke datum om een gunningsdossier in te dienen op 1 november 2012 was gesteld. Weliswaar had Agion al een uitstel gegeven doch het is geenszins zeker of Agion een tweede uitstel zou verlenen.

Ten slotte merkt verwerende partij op dat door de nv Van Roey toe te laten een offerte in te dienen en aan de twee overige inschrijvers toe te laten een BAFO in te dienen er als het ware reeds een heraanbesteding is gebeurd.

10. Tussenkomende partij merkt op dat de beslissing om nog een derde offerte op te vragen afdoende formeel en materieel gemotiveerd is door de

verplichting van Agion die deze verplichting als subsidiërende overheid mocht opleggen. Zij wijst er ook op dat in een onderhandelingsprocedure zonder bekendmaking de aanbestedende overheid zelf rechtstreeks aan een aannemer kan vragen om een offerte in te dienen. De vermelding in het bestek van artikel 104 is een materiële vergissing. Artikel 104 van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 dient een normdoel dat hier niet van toepassing is. Hoe dan ook, zo beklemtuut tussenkomende partij, is zij zelf nooit uitgenodigd geweest om een offerte in te dienen vóór de frenetieke datum; haar offerte heeft dan ook geen betrekking op die fase in de onderhandelingsprocedure.

Beoordeling

11.1. Wat het indienen van de offertes betreft, bepaalt artikel 104 van het bestek onder meer dat “iedere offerte [...] bij de voorzitter van de zitting voor de opening van de offertes [moet] toekomen alvorens hij de zitting opent”, dat “de offertes [...] ten laatste op 02/07/2012 om 14:00 uur in het bezit [moeten] zijn van de aanbestedende overheid” en dat “de opening van de offertes zal gebeuren achter gesloten deuren”. In de uitnodiging tot offerte wordt herhaald dat de offerte het bestuur “uiterlijk op maandag 2 juli 2012 om 14.00 uur [moet] bereiken”.

11.2. Het wordt niet betwist dat de gekozen inschrijver op 2 juli 2012 geen offerte indiende maar dit pas op 11 september 2012 deed, na gecontacteerd te zijn door verwerende partij omdat initieel slechts twee offertes werden ingediend en Agion, volgens verwerende partij, voor subsidiëring drie geldige offertes vereiste.

11.3. De wijze waarop een offerte moet worden ingediend maakt een substantiële vormvereiste uit die de gelijkheid tussen de inschrijvers betreft. Afwijkingen van de bepalingen van het bestek daaromtrent hebben in beginsel dan ook de onregelmatigheid van de betrokken offerte tot gevolg en mogen dan ook niet zonder meer worden aanvaard door de aanbestedende overheid. Het loutere feit dat het bestek aan het indienen van een offerte op een van het bestek

afwijkende wijze niet uitdrukkelijk de sanctie van absolute nietigheid verbindt, lijkt aan deze algemene vaststelling geen afbreuk te doen.

11.4. Op het eerste gezicht lijkt ook een in het bestek opgenomen uiterste datum voor het indienen van de offertes dergelijke substantiële vereiste die de gelijkheid van de inschrijvers betreft en lijkt ook een afwijking daarvan in beginsel de onregelmatigheid van een te laat ingediende offerte tot gevolg te moeten hebben.

11.5. De Raad van State lijkt er te moeten van uitgaan dat artikel 104 van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 wel degelijk door het bestek zelf, zoals goedgekeurd door de gemeenteraad, van toepassing wordt verklaard. Plotsklaps een materiële vergissing aannemen is niet aan de orde.

In de mate dat tussenkomende partij in dit kader voorts opwerpt dit artikel 104 een normdoel dient, namelijk manipulatie door een te laat toegekomen offerte verhinderen en de gelijkheid der inschrijvers vrijwaren, en dat dit normdoel hier volledig afwezig is nu het gaat om de *in se* flexibele onderhandelingsprocedure, gaat zij er enerzijds aan voorbij dat het niet gaat om een aanpassing van een uiterlijk op 2 juli 2012 door de nv Van Roey ingediende offerte maar om een pas daarna ingediende offerte, en is anderzijds in dit middel juist de vraag aan de orde of na die datum nog andere inschrijvers een offerte mogen indienen.

De argumenten dat er te dezen geen risico is van manipulatie of ongelijke behandeling nu de nv Van Roey enkel werd gecontacteerd omdat Agion een derde offerte vereist, dat ook de thv Vanderstraeten-Execon en verzoekende partij de kans kregen om een aangepaste offerte in te dienen en dat er geen openbare openingszitting was, volstaan bovendien niet om anders te oordelen. In de eerste plaats wordt niet aangetoond dat een te dezen toepasselijke wettelijke of reglementaire bepaling het indienen van drie geldige en vergelijkbare offertes vereist als subsidievoorwaarde. Indien Agion dit als een interne regel stelt, rijst de

vraag of deze vereiste ook in omstandigheden als in deze zaak moet gelden. Het feit dat de openingszitting niet openbaar was, sluit niet elk risico van manipulatie uit nu niet blijkt dat de nv Van Roey werd gecontacteerd zonder dat verwerende partij kennis had genomen van de inhoud van de offertes. Uit het dossier blijkt zelfs niet wanneer en hoe juist de nv Van Roey werd gevraagd noch onder welke voorwaarden zij een offerte mocht indienen; evenmin wordt concreet aangetoond dat eerst Willemen werd gecontacteerd. Er blijkt ook niet uit het dossier wie besliste om eerst Willemen en vervolgens de nv Van Roey, die zoals zij zelf verklaart te onderscheiden is van de nv Maes en dus niet behoorde tot de oorspronkelijk acht aangeduide aannemers, te contacteren. Aldus kan niet, op basis van stukken, elk risico op mogelijke manipulatie - in die zin dat de nv Van Roey eventueel met meer kennis van zaken een offerte kon indienen – of ongelijke behandeling worden uitgesloten. Het feit dat verzoekende partij en de thv Vanderstraeten/Execon alsnog de kans kregen een aangepaste offerte in te dienen, lijkt daartoe dan niet te volstaan.

11.6. Ook de verwijzing naar het flexibel karakter van de onderhandelingsprocedure, doet, zo lijkt het, geen afbreuk aan het voorgaande. Ook in een relatief vormvrije onderhandelingsprocedure is een aanbestedende overheid immers nog steeds gebonden door de bepalingen van haar eigen bestek.

Ook in de mate dat verwerende partij nog stelt dat *de facto* werd heraanbesteed gaat zij hieraan voorbij; er werd trouwens niet beslist tot stopzetting van de lopende procedure en tot heraanbesteding.

11.7. In de mate dat tussenkomen partij opwerpt dat dit artikel 104 en deze indieningstermijn voor haar niet relevant is nu zij initieel niet werd uitgenodigd om tegen 2 juli 2012 een offerte in te dienen, gaat zij eraan voorbij dat uit het voorgaande ook lijkt te volgen dat, binnen de perken gesteld door dit bestek aan deze onderhandelingsprocedure, niet zonder meer nog andere aannemers mochten worden aangeschreven.

11.8. Aldus lijkt verwerende partij minstens het eigen bestek en het gelijkheidsbeginsel te hebben geschonden en lijkt de motivering om deze offerte te aanvaarden niet draagkrachtig.

12. Het enig middel is in deze mate ernstig, wat volstaat om de schorsing van de tenuitvoerlegging te verantwoorden van de beslissing tot gunning aan de nv Van Roey.

13. In de huidige stand van het geding en in het licht van de voorgaande *prima facie* vastgestelde onwettigheden is er evenwel geen reden om tevens reeds te besluiten tot uitdrukkelijke schorsing van de impliciete beslissing om de in het geding zijnde deel van de opdracht niet toe te wijzen aan verzoekende partij. Zij toont niet aan hoe het middel tot de vaststelling zou leiden dat de overheid geen andere keuze heeft dan de opdracht aan verzoekende partij te gunnen.

VIII. Belangenafweging

Standpunt van verwerende partij

14. Indien de Raad van State het enig middel ernstig zou bevinden vraagt verwerende partij de Raad van State om over te gaan tot een belangenafweging overeenkomstig artikel 65/15, derde lid, van de wet van 24 december 1993 en niet over te gaan tot de schorsing gelet op de grote publieke belangen die met deze opdracht gepaard gaan.

Een besluit van de gemeenteraad van 26 juli 2012 keurde een schoolcapaciteit van 225 kleuters goed en deze capaciteit voor het schooljaar 2013-2014 werd berekend in de veronderstelling dat de nieuwe kleuterschool er na de paasvakantie 2014 zou staan, hetgeen volgens de planning van de nv Van Roey nog steeds mogelijk zou zijn en deze goedgekeurde schoolcapaciteit van

225 kleuters werd eveneens meegedeeld aan het lokaal overlegplatform Mechelen voor de start van het nieuwe inschrijvingsbeleid op 7 januari 2013.

Zij wijst er ook op dat gelet op het aantal inschrijvingen en toekomstige inschrijvingen de gemeente -indien er geen nieuw schoolgebouw kan worden gerealiseerd- niet anders zal kunnen dan nieuwe inschrijvingen weigeren terwijl zij nochtans al het mogelijke heeft willen doen om de overbevolking van haar kleuterschool te voorkomen.

Zij benadrukt dat een schorsing van de bestreden beslissing niet enkel de uitvoering van de bouw van de kleuterschool vertraagt, maar bovendien de subsidies verleend door Agion in het gedrang brengt, nu de uiterlijke datum voor het indienen van het gunningsdossier in het principeakkoord bepaald was op 31 oktober 2012 en verwerende partij hiervoor reeds uitstel heeft gevraagd. Zonder subsidies zal de nieuwe kleuterschool niet kunnen worden gerealiseerd met alle gevolgen van dien.

Verwerende partij benadrukt ten slotte dat de bouw van een nieuwe kleuterschool in de gemeente Bonheiden sinds twee jaar ook aan de inwoners werd verkondigd en dat “de gemeente Bonheiden [...] niet alleen een enorme imago-schade zal lijden, maar [dat] ook de toekomstplannen van vele gezinnen [...] bij een eventuele schorsing van huidige gunningsprocedure, volledig gedwarsboomd [zullen] worden”.

Beoordeling

15.1. Artikel 65/15, derde lid van de wet van 24 december 1993, ingevoegd door de wet van 23 december 2009, luidt als volgt:

“De verhaalinstantie houdt rekening met de vermoedelijke gevolgen van de schorsing van de uitvoering en van de voorlopige maatregelen voor alle belangen die kunnen worden geschaad, alsook met het openbaar belang, en kan beslissen om de schorsing van de uitvoering of de voorlopige

maatregelen niet toe te staan wanneer hun negatieve gevolgen groter zouden zijn dan hun voordelen”.

15.2. Er wordt niet aangetoond dat door de schorsing van de bestreden beslissing een openbare dienst wordt onderbroken.

Verwerende partij benadrukt wel het belang van deze opdracht in het kader van een gemeenteraadsbesluit van 26 juli 2012 maar kan niet worden bijgevalen. Niet alleen wordt dergelijke capaciteit niet uitdrukkelijk in dat voorgelegde besluit vermeld, maar evenmin wordt aangetoond dat een schorsing noodzakelijk uitsluit dat de nieuwe school tijdig kan worden gerealiseerd.

Dat de uiterlijke datum voor het indienen van het gunningsdossier volgens het principeakkoord van 9 november 2011 31 oktober 2012 was heeft Agion ook niet belet toch een subsidie te verlenen op basis van een gunningsbeslissing van 14 november 2012.

Het argument dat de school thans reeds overvol is, volstaat in dat licht evenmin.

Zelfs indien een schorsing tot gevolg zou hebben dat nieuwe inschrijvingen zullen moeten worden geweigerd, wordt niet aangetoond dat geen plaatsen beschikbaar zijn in andere scholen in de omgeving.

Ten slotte toont verwerende partij niet aan waarom imagoschade noodzakelijk bepalend doorweegt in vergelijking tot het verlies van de opdracht voor verzoekende partij en dat de toekomstplannen van vele gezinnen worden bepaald door de onroerende projecten van de gemeente.

15.3. Er is dan ook geen reden om in de voorliggende zaak met toepassing van de belangenafweging te beslissen om de schorsing niet toe te staan.

BESLISSING

1. Het verzoek van de nv Van Roey tot tussenkomst in het administratief kort geding wordt ingewilligd.

2. De Raad van State beveelt de schorsing van de tenuitvoerlegging bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de beslissing van het college van burgemeester en schepenen van de gemeente Bonheiden van 14 november 2012 waarbij de opdracht, voorwerp van het bestek 2011-068, “Bouwen van een gemeentelijke kleuterschool ’t Kranske” te gunnen aan de nv Van Roey.

3. De Raad van State verwerpt de vordering voor het overige.

4. De tussenkomende partij wordt verwezen in de kosten van de tussenkomst, begroot op 125 euro.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van 18 maart 2013, door de Raad van State, XIIe kamer, samengesteld uit:

Pierre Barra,

staatsraad,

waarnemend voorzitter,

bijgestaan door

Silja Doms,

griffier.

De griffier

De voorzitter

Silja Doms

Pierre Barra